

VDV – Akademie – Tagung Erfahrungen mit Vergabeverfahren im SPNV

Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht oder: Braucht
der SPNV ein spezielles Vergaberecht?

Rechtsanwalt Dr. Niels Griem,
BBG und Partner, Bremen

Köln, 04.05.2007

BBG und Partner
Contrescarpe 75 A
28195 Bremen

T +49 (0) 421.335410
F +49 (0) 421.3354115

kontakt@bbgundpartner.de
www.bbgundpartner.de

Inhalt

- **Vorgaben des geltenden Rechts für den Abschluss von Vereinbarungen im SPNV**
- Zulässigkeit der Direktvergabe nach Inkrafttreten der VO 1191 (neu)?
- Anforderungen an das Vergabeverfahren nach der VO 1191 (neu)
- Braucht der SPNV ein spezielles Vergaberecht?
- Was braucht der SPNV noch?

Aus den Grundprinzipien des EG - Vertrages folgt, dass Vereinbarungen im SPNV im Grundsatz erst nach Durchführung eines Wettbewerbs geschlossen werden dürfen

Vorgaben des geltenden Rechts für den Abschluss von Vereinbarungen im SPNV **(Folie 1 von 6)**

Rechtsprechung des EuGH zur Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen:

Zu Gunsten potentieller Bieter muss ein angemessener Grad an Öffentlichkeit hergestellt werden, der den Markt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt werden.

Aus der RL 2004/18/EG folgt, dass Aufträge über Dienstleistungen im SPNV im Grundsatz im Wettbewerb vergeben werden müssen

Vorgaben des geltenden Rechts für den Abschluss von Vereinbarungen im SPNV (Folie 2 von 6)

- Ein Zwang zur vollen Anwendung der Verfahrensvorschriften der RL besteht nicht.
- Aber Art. 21 RL 2004/18 EG: Vergabe unter Beachtung der Art. 23 und 35 Abs. 4 RL 2004/18/EG.
- Nach Art. 35 Abs. 4 sind die Ergebnisse des Vergabeverfahrens europaweit bekannt zu machen.
- Art. 23 verbietet die Vorgabe von technischen Spezifikationen in den Verdingungsunterlagen, die eine Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb in ungerechtfertigter Weise behindern.
- Art. 2 verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber, alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nicht diskriminierend zu behandeln sowie zur Transparenz (so auch BVerfG und OLG Brandenburg zur Vorläuferregelung der DKR).

In Deutschland regelt sowohl das Vergaberecht als auch das Eisenbahnrecht den Abschluss von Vereinbarungen im SPNV

Vorgaben des geltenden Rechts für den Abschluss von Vereinbarungen im SPNV **(Folie 3 von 6)**

Vergaberecht

Vorrang vor dem Eisenbahnrecht?

Grundsatz:
Verpflichtung zur Vergabe im Wettbewerb

Eisenbahnrecht

Vorrang vor dem Vergaberecht?

Grundsatz: Vergabe ohne Wettbewerb?

Nach § 15 Abs. 2 AEG besteht kein Zwang zur Ausschreibung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen im SPNV

Vorgaben des geltenden Rechts für den Abschluss von Vereinbarungen im SPNV **(Folie 4 von 6)**

§ 15 Abs. 2 AEG

„Die zuständigen Behörden, die beabsichtigen, die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen durch Eisenbahnverkehrsunternehmen ... zu vereinbaren, können diese Leistungen ausschreiben.“

Auch der Abschluss einer Vereinbarung nach § 15 Abs. 1 AEG muss aber grundsätzlich im Wettbewerb erfolgen

Vorgaben des geltenden Rechts für den Abschluss von Vereinbarungen im SPNV (**Folie 5 von 6**)

- > Die Verwaltung ist bei ihrem Handeln an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden
- > Dies betrifft auch die Vergabe öffentlicher Aufträge oder die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen
- > BVerfG, Urteil vom 13.06.2006: Jede staatliche Stelle hat bei ihrem Handeln, unabhängig von der Handlungsform, den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz zu beachten. Einer staatlichen Stelle, die einen öffentlichen Auftrag vergibt, ist es daher verwehrt, das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen.
- > Der Abschluss einer Vereinbarung mit einem Unternehmen, ohne dass andere Unternehmen die Chance besitzen, berücksichtigt zu werden, ist im Regelfall willkürlich.

Ausnahmen von der Verpflichtung zur Vergabe im Wettbewerb sind eher nach dem Eisenbahnrecht als nach dem Vergaberecht vorstellbar

Vorgaben des geltenden Rechts für den Abschluss von Vereinbarungen im SPNV (**Folie 6 von 6**)

Vergaberecht	Eisenbahnrecht
<p>Abschließend benannte Ausnahmen (u. a. nur ein Unternehmen kommt für die Leistung in Betracht).</p> <p>Mittelstandsschutz, vornehmlich durch Losvergabe, § 97 Abs. 3 GWB, verhindert die Vergabe großer Netze</p>	<p>Willkürfreier Abschluss der Vereinbarung, wenn nur ein Unternehmen in Betracht kommt</p> <p>Auch große Netze denkbar, wenn keine gezielte Diskriminierung von Wettbewerbern</p> <p>Aber Selbstbindung durch Wettbewerbsfahrpläne?</p>



Achtung: Ausreichender Marktüberblick?

Inhalt

- Vorgaben des geltenden Rechts für den Abschluss von Vereinbarungen im SPNV
- **Zulässigkeit der Direktvergabe nach Inkrafttreten der VO 1191 (neu)?**
- Anforderungen an das Vergabeverfahren nach der VO 1191 (neu)
- Braucht der SPNV ein spezielles Vergaberecht?
- Was braucht der SPNV noch?

Die VO 1191 (neu) (Ratsfassung) ermöglicht die Direktvergabe von Dienstleistungsaufträgen im Eisenbahnverkehr nur „sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist“

Zulässigkeit der Direktvergabe nach Inkrafttreten der VO 1191 (neu)?

- > Art. 5 Abs. 6 VO 1191 (neu): „Sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist, können die zuständigen Behörden entscheiden, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr – mit Ausnahme anderer schienengestützter Verkehrsträger wie Untergrund- oder Straßenbahnen – direkt zu vergeben. ...“
- > Änderungsantrag Verkehrsausschuss EP zu Art. 5 Abs. 6 fand keine Berücksichtigung in den Kompromissvorschlägen vom 25.04.2007

➔ Nationales Recht verpflichtet im Grundsatz zum Wettbewerb

Inhalt

- Vorgaben des geltenden Rechts für den Abschluss von Vereinbarungen im SPNV
- Zulässigkeit der Direktvergabe nach Inkrafttreten der VO 1191 (neu)?
- **Anforderungen an das Vergabeverfahren nach der VO 1191 (neu)**
- Braucht der SPNV ein spezielles Vergaberecht?
- Was braucht der SPNV noch?

Die VO 1191 (neu) hat mit Blick auf die Vergabe von SPNV – Leistungen Vorrang vor der RL 2004/17/EG

Anforderungen an das Vergabeverfahren nach der VO 1191 (neu)
(Folie 1 von 2)

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 VO 1191 (neu):

„Öffentliche Dienstleistungsaufträge werden nach Maßgabe dieser Verordnung vergeben.“

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1191 (neu) bezieht sich nur auf den Bus- oder Straßenbahnverkehr.

Die VO 1191 (neu) stellt Anforderungen an das „wettbewerbliche Vergabeverfahren“ auf Anforderungen an das Vergabeverfahren nach der VO 1191 (neu)
(Folie 2 von 2)

Art. 5 Abs. 3 VO 1191 (neu):

Das wettbewerbliche Verfahren muss

- > allen Betreibern offen stehen,
- > fair sein und
- > den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen

Verhandlungen sind zulässig, „um festzulegen, wie der Besonderheit oder Komplexität der Anforderungen am besten Rechnung zu tragen ist“

Inhalt

- Vorgaben des geltenden Rechts für den Abschluss von Vereinbarungen im SPNV
- Zulässigkeit der Direktvergabe nach Inkrafttreten der VO 1191 (neu)?
- Anforderungen an das Vergabeverfahren nach der VO 1191 (neu)
- **Braucht der SPNV ein spezielles Vergaberecht?**
- Was braucht der SPNV noch?

Die Anforderungen des Art. 5 Abs. 3 der VO 1191 (neu) lassen sich bei Abschluss einer Vereinbarung nach § 15 Abs. 1 AEG umsetzen

Braucht der SPNV ein spezielles Vergaberecht? **(Folie 1 von 3)**

Allgemeines Verwaltungsrecht

- Dem Abschluss einer Vereinbarung nach § 15 Abs. 1 AEG geht ein Verwaltungsverfahren voran.
- Ein Verwaltungsverfahren ist nach § 10 VwVfG nicht an bestimmte Formen gebunden.
- Eine Gestaltung des Verwaltungsverfahrens nach den Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 VO 1191 (neu) ist möglich

Wird ein Vergabeverfahren durchgeführt, sind strengere Vorgaben einzuhalten

Braucht der SPNV ein spezielles Vergaberecht? **(Folie 2 von 3)**

Vergaberecht

- Die in Art. 5 Abs. 3 VO 1191 (neu) skizzierte Vorgehensweise könnte über ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb umgesetzt werden.
- Nach Vergaberecht ist die Wahl dieser Verfahrensart bei der Vergabe von SPNV-Leistungen im Regelfall unzulässig.
- Über die Anforderungen des Art. 5 Abs. 3 VO 1191 (neu) hinausgehende (strengere) Regelungen des nationalen Rechts sind aber zulässig.

Aus rechtlicher Sicht ist ein spezielles Vergaberecht für den SPNV nicht zwingend erforderlich

Der Markt für SPNV-Leistungen benötigt einen Anwendungsvorrang des Vergaberechts

Braucht der SPNV ein spezielles Vergaberecht? **(Folie 3 von 3)**

- Die Marktteilnehmer benötigen Rechtssicherheit mit Blick auf die Ausgestaltung der Verfahren.
- Die Marktteilnehmer benötigen Investitionssicherheit
- Die Marktteilnehmer benötigen effektiven Rechtsschutz.

➔ Vorschlag für eine Änderung des § 15 Abs. 2 AEG:

„Die zuständigen Behörden, die beabsichtigen, die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen durch Eisenbahnverkehrsunternehmen zu vereinbaren, beachten hierbei die §§ 97 ff. GWB.“

Inhalt

- > Vorgaben des geltenden Rechts für den Abschluss von Vereinbarungen im SPNV
- > Zulässigkeit der Direktvergabe nach Inkrafttreten der VO 1191 (neu)?
- > Anforderungen an das Vergabeverfahren nach der VO 1191 (neu)
- > Braucht der SPNV ein spezielles Vergaberecht?
- > **Was braucht der SPNV noch?**

Notwendig ist die Förderung eines funktionierenden Anbietermarktes für SPNV – Leistungen

Was braucht der SPNV noch? (Folie 1 von 6)

- > Die Wettbewerbsbedingungen sollten so ausgestaltet sein, dass Wettbewerbsvorteile von Altunternehmen durch Konkurrenten ausgeglichen werden können
- > Die Wettbewerbsbedingungen müssen auch den Markteintritt neuer und kleinerer Unternehmen ermöglichen (zu beachten u. a. bei der Aufstellung von Eignungskriterien, der Verfahrensgestaltung, der vertraglichen Risikoverteilung)

Die Verfahren zur Vergabe der in Rede stehenden Leistungen sollten möglichst einheitlich gestaltet sowie schnell und rechtssicher durchführbar sein

Was braucht der SPNV noch? **(Folie 2 von 6)**

- > Offenes Verfahren bzw. öffentliche Ausschreibung als Regelverfahren: Auch komplexe, stark nachgefragte Netze lassen sich in einem solchen Verfahren vergeben
- > Möglichst keine (strukturierten) Verhandlungsverfahren
- > Standardisierung von Fahrzeuganforderungen, formellen Aspekten, Verkehrsverträgen

Die Ausgestaltung der Vergabeunterlagen sollte mit dem Ziel erfolgen, eine möglichst hohe Wettbewerbsintensität zu erreichen

Was braucht der SPNV noch? (Folie 3 von 6)

- Minimierung der Quellen für formelle Fehler der Bieter (u. a. Zurückhaltung bei nicht wertungsrelevanten Konzepten, Erklärungen)
- Zurückhaltung bei den Anforderungen an die Eignung
- Schaffung von möglichst umfassender vorheriger Transparenz für die Wertung der Angebote

Die Aufgabenträger sollten um die Beteiligung von Unternehmen am Wettbewerb werben

Was braucht der SPNV noch? (Folie 4 von 6)

- > Rückfragen und Rügen sind ein Zeichen für reges Interesse am Auftrag
- > Die Beantwortung von Rückfragen und Rügen und die evt. Beseitigung von Unklarheiten oder von Rechtsverstößen stellen eine Chance für gute Angebote dar

Die Verkehrsverträge müssen klar, einfach, interessengerecht und vollziehbar ausgestaltet werden

Was braucht der SPNV noch? **(Folie 5 von 6)**

- > Orientierung an normalen zivilrechtlichen Regelungsmechanismen
- > Ausgewogene Verteilung der Risiken (u. a. Infrastruktur, Kostensteigerungen, Leistungsveränderungen)
- > Nettoverträge mit Tarifgestaltungs- und Vertriebsfreiheiten oder Bruttoverträge

Die Aufgabenträger und die Verkehrsunternehmen müssen sich gut auf die anstehenden Aufgaben im Wettbewerb vorbereiten

Was braucht der SPNV noch? (Folie 6 von 6)

- > Die Herausforderungen der großen Leistungsvolumina, die mit Betriebsaufnahme in den Jahren 2012 bis 2018 im Wettbewerb vergeben werden sollen, sind nur mit guter Vorbereitung zu meistern
- > Einrichtung von schlanken Strukturen (entscheidungsbefugte Stabsstellen) bei den Aufgabenträgern für diese Aufgaben
- > Schaffung von weitgehender Markttransparenz (Veröffentlichung von aktualisierten Ausschreibungsfahrplänen)
- > Frühzeitige Einbeziehung juristischen und insbesondere ökonomischen Sachverständes